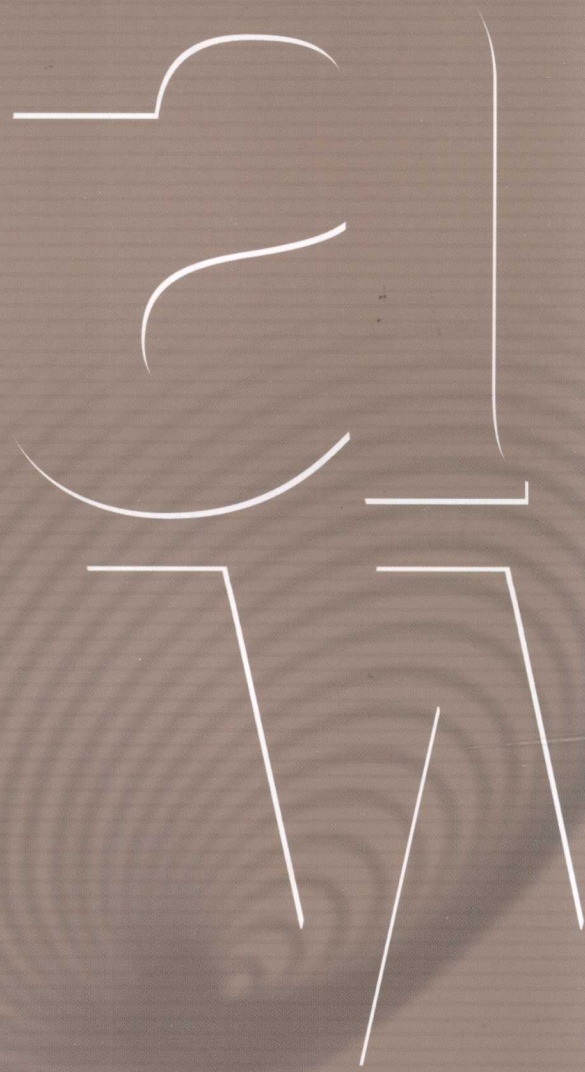


Minjianfa
Minjianfa
Minjianfa



法学系列



法学系列

于语和 主编

民间法



复旦大学出版社

www.fudanpress.com.cn



法学系列

于语和 主编

民间法



复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民间法/于语和主编. —上海:复旦大学出版社,2008.7
(复旦博学·法学系列)
ISBN 978-7-309-06068-3

I. 民… II. 于… III. 习惯法-研究-中国 IV. D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第075681号

民间法

于语和 主编

出版发行 复旦大学出版社 上海市国权路579号 邮编 200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65100562(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

责任编辑 李 峰

出品人 贺圣遂

印 刷 上海华文印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 21.5
字 数 397 千
版 次 2008年7月第一版第一次印刷
印 数 1—4 100

书 号 ISBN 978-7-309-06068-3/D·374
定 价 35.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

问道生活取法民间

自上世纪末,“民间法”一词运用于吾国法学,迄今已近二十年矣!二十年来,法律学界,对此一概念,虽有零星批评,但更多学习、运用。并藉这一概念,创生了法律社会学在吾国的一种独特景象。有人甚至径称为吾国法律社会学的“民间法研究范式”。此一“范式”,自一开始,即以反思目下中国法制现代化之问题为宗旨。

诚然,一个无论在历史上、还是在日常生活中,迥异于西方世界之大国,一个不同民族间、不同地域间人民生活方式、社会交往文化之差异性,远甚于欧洲国与国之间人民生活方式、社会交往文化之差异性的大国,在此剧烈变革时代,如何构建自身的交往秩序、法制模式?是移植外域既定模式,还是根据国情,取法本土?这是一个自西法东渐以来,吾国学界争论不绝的问题。但揆诸现实,不难发现,它自来不是一个本本上可以成就之问题,而是一个必须借助公民之日常生活实践,才可有所作为的论题。

如今,吾国法治之路,已然开辟鸿蒙,但如何迈向法治,绝非大道朗朗、清晰可辨。法治之细枝末节,并未因当局移植西法,就迎刃而解、一劳永逸。反之,法律越多,秩序越少现象,即便不是普遍,但也并非个别。森林、草原法出,林木破坏、草原退化日益严重;环境、资源法立,环境恶化、资源浪费有增无减……此情此景,既非法律自身不良,那其中隐情究竟何在?鄙以为,端在于法律规条脱节于人民之生活日用。一种不借助国民既有生活方式、既有交往规范的法律,欲为治国基础、秩序前提,实在勉为其难。

或以为,吾国传统法制、民间规矩,与“普适”法制比较,大相径庭、南辕北辙,如何在构建现代法制中,援用固有法制传统、民间规矩?其实,此等思想,初看合情合理,实则大谬不然。法治旨趣,归根结底,在安排世俗世界人们的交往行为、生活日用,因之亦须符合基本的世道人心。世道人心,存在于生活日用。尊重一国家、一民族、一个人的选择,即是对世道人心之基本把握。古人入国问禁,入乡问俗,如今看来,不是过时之举。经济全球贸易、政治全球对话、文化全球交流,其前提乃贸易主体、对话主体、交流主体之存在。失此前提,所谓贸易、对话、交流云云,无非是借此名而行劫掠、训令、炫耀之实。所谓全球化法制,也只能蜕化为压制一途的法制,而无法达致吾人深切期盼之“对话的全球法制”。



本此宗旨，吾人于最近数年，不仅关注海内外民间规则研究，而且力倡此一研究之繁荣。在主持《民间法》集刊之外，又倡导全国民间法会议，主持一些刊物之民间法专栏。因缘于此，结识海内外相关研究者甚多，于语和兄即是其中一位。隐约记得，兄当年投稿于《民间法》集刊时，曾向吾人专致信函，其言雅致、其情恳切。对民间法研究，拳拳于心；对吾国法制进路，多所建言。其后吾人分别在西宁、银川、成都、武汉与兄四次晤面，皆交谊深厚、把谈甚欢。兄指导的弟子们，也自觉追慕古文人情怀，称呼我等，言必先生。

兄敏言敏行，常带领弟子们，深入华北社会，研习习俗规则。问道生活、取法民间。此前吾人已多次接到兄赠书寄文，每次捧读，总能获益良多、心生感慨。兄之新著《民间法》一书，更是集最近二十年来吾国民间法研究之大成，对民间法之基本学理、存在基础、社会效力、表现方式以及其与国家法之关联等，以近三十万言之篇幅，做了详尽探讨。书中图文并茂、资料翔实、说理透辟。尽管该著对“民间法”之外延，展开明显不够，但作为一部基于实证之上的作品，“一份材料说一份话”，或许是兄为著之宗旨。自然，作为读者，诚望兄能继续前行，给读者奉献更多相关研究成果。

大概半年前，兄短信告知吾人，其将在复旦出版新书，命名为《民间法》，期能得到我的序文。此次武汉会议，兄持该书清样稿，直接向我索序。面对仁兄真诚，我真是却之不恭，受之有愧。权衡再三，只好恭敬不如从命。匆匆为如上数言。不望此小序能给仁兄大著冠上镶玉、锦上添花，唯愿如上唐突之言不是画蛇添足、多此一举！

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2008年5月18日序于海右书屋



目 录

第一章 民间法概述	1
第一节 “法”与“法律多元”	1
一、关于法的不同言说	1
二、法律多元与多元化纠纷解决	4
三、法律多元的文化阐释	9
第二节 民间与市民社会	15
第三节 民间法及相关概念辨析	20
一、民间法的各种界定	20
二、与民间法相关概念的界定及与民间法关系的辨析	23
第四节 民间法的特点	37
一、民间法的民族性	38
二、民间法的地域性	38
三、民间法的权威性与强制性	40
四、民间法的传承性与变异性	40
五、民间法的便捷性与经济性	41
六、民间法的局限性	42
第五节 研究民间法的意义	42
一、民间法研究的理论意义	42
二、民间法研究的现实意义	44
第二章 中国民间法存在的基础与功用	48
第一节 民间法存在的基础	48
一、乡土社会是民间法存在的土壤	48
二、“民间自治”是民间法存在和发展的空间	50
三、国家法与民间法各司其职	54
四、民间法是国家法的有效补充	58
五、民间法简便易行	60



六、“无讼”、和谐是民间法存在的精神因素和心理基础	65
第二节 民间法的作用与功能	69
一、民间法的规范作用	70
二、民间法的社会作用	72
第三章 民间法的分类、调整范围与效力基础	75
第一节 民间法的分类	75
一、民族法	76
二、乡村法	78
三、行会法	78
四、帮会法	79
五、宗教法	79
六、其他	80
第二节 民间法的调整范围	82
一、民商事法律关系	82
二、扰乱社会治安方面的法律关系	88
三、轻微的刑事案件	90
四、与国家政策紧密相关的规范	90
五、公益事项	91
第三节 民间法约束力的来源和表现	91
一、礼的约束力的泛化	92
二、熟人社会道德的约束力	93
三、民间权威的准公权	95
第四节 民间法的效力基础	98
一、出于自然力的心理恐惧	98
二、社会化的行为尺度	99
三、乡土社会的正义观	101
四、类同于国家法的强制暴力	102
第四章 国家法与民间法的冲突与互动	106
第一节 作为法源的民间法	106
一、法源释义	106
二、民间法作为法源的历史	108
三、制定法中的民间法	115



四、国家立法应充分挖掘民间法资源	118
第二节 国家法与民间法在司法中的冲突与互动	123
一、民间法进入司法领域的作用与意义	123
二、司法领域民间法与国家法的冲突与互动	131
三、民间法进入司法领域的可能路径	143
第五章 乡土契约与村规民约	146
第一节 乡土契约的生存空间与价值基础	146
一、“乡土中国”——乡土契约坚实的社会基础	146
二、乡土契约的历史演进	148
三、乡土契约是民间法的重要组成部分	154
第二节 乡土契约的分类	154
一、按照乡土契约的表现形式的分类	154
二、按照乡土契约的调整对象和内容的分类	157
第三节 乡土契约的主要救济方法——民间调解	165
一、调解是乡土契约的主要救济方法	165
二、乡土契约与国家法的因循与建构	170
第四节 村规民约的发展与变迁	177
一、村规民约的内涵	177
二、民间法与村规民约的关系	179
三、村规民约的历史发展与构建	180
四、村规民约的性质地位与作用	186
第五节 村规民约与国家法的冲突与整合	193
一、对四份村规民约的动态考察	193
二、村规民约的困境与出路——以“外嫁女”为例的分析	207
第六章 少数民族习惯法概述	220
第一节 少数民族习惯法的概念	221
一、少数民族习惯法的概念	221
二、少数民族习惯法的特征	224
三、少数民族习惯法与民间法的关系	229
第二节 少数民族习惯法内容概述	232
一、少数民族习惯法中的社会组织法	233
二、少数民族刑事习惯法	235



三、少数民族婚姻习惯法	237
四、少数民族民事习惯法	239
第三节 少数民族习惯法与国家法的关系	240
一、少数民族习惯法与国家制定法的冲突与互动	240
二、少数民族习惯法的多视角解读	244
三、少数民族习惯法的制度空间——自治条例、单行条例与变通规定	248
第七章 民间法视角下的行会法——以北洋时期天津的行会法为个案	254
第一节 行会法的内涵	255
一、行会法的定义	255
二、行会法与民间法的关系	256
三、行会法与民间法相关概念的区别	257
第二节 行会法的起源、发展、表现形式及其实施保障	257
一、我国行会、行会法的起源与发展	257
二、行会法的表现形式	259
三、行会法的实施保障	260
第三节 北洋政府时期天津行会法的特点	261
一、单个行会法的覆盖面增大	262
二、行会法日趋完善,呈现了分层的现象	266
三、行会法保障的公力性质更加突出	267
四、现代的民主性、合理性、合法性均有体现,但易受时局的影响	268
第四节 北洋时期天津行会法的内容	268
一、行会组织法	269
二、限制商人行为方面的规定	271
三、维护商人利益方面的规定	272
四、作为政府与商人的中介	276
第五节 我国行会的发展趋势及其法律规制	277
一、新中国成立后行业协会、商会的发展与现状	277
二、行会发展面临的问题	279
三、行业协会的法律规制	282
第八章 民间调解与人民调解	285
第一节 中国古代的民间调解	286



一、历史上的民间调解	286
二、我国古代民间调解的种类	287
第二节 人民调解制度的建立	288
一、人民调解制度的初步形成	288
二、人民调解制度的发展	289
第三节 人民调解现实的困境与传统的回归	291
一、人民调解的现实困境及其表现	291
二、人民调解陷入困境的主要原因	293
第四节 人民调解制度的重构与反思	295
一、重构人民调解制度的路径选择	295
二、人民调解与民间调解的互动与相生	299
 第九章 天意 法意 人意(代结语)——乡土社会法治化的困惑与 民间法的命运与选择	304
第一节 天意:民间法的前途	305
第二节 法意:现代法治与大国之治	310
第三节 人意:乡土社会的民间法情结	314
第四节 民间法——沟通法理与人心的桥梁	316
 主要参考文献	321
后记	331

第一章 民间法概述

本章导读

在本章中,首先,简要探讨了法的基本内涵。继而,从纠纷解决模式的多元化与文化多元化的角度探讨了法律多元化的问题,从而为民间法的存在排除了理论障碍。本章还对西方语境下的市民社会概念与我国的乡土概念进行了比较,从而为民间法的存在言明了社会背景。然后,对民间法的各种言说作了详尽的梳理,指出其是一个由于内涵不确定而导致外延不确定的模糊概念。最具代表性的学说主要有:①“知识传统说”,以梁治平为代表;②“行为规则或规范说”,以郑永流为代表;③“本土资源说”,以苏力为代表;④“民间规范说”,以范愉等为代表。继而参酌诸学说,界定了民间法的概念。本章还对与民间法密切相关的主要概念进行了考察,主要包括国家法、习惯法、活法、非官方法、地方性知识、礼、习惯、惯例、村民自治章程和村规民约、公序良俗和禁忌等。最后对民间法的主要特点以及研究意义进行了阐述。

第一节 “法”与“法律多元”

一、关于法的不同言说

法时刻在我们身边,规范着我们的行为和生活,分配我们的权利和义务,法治问题已经成为整个社会共同关心关注的主流性话语。纵观二十多年来的中国法治进程,我们在法治思想和观念的形成、法律法规不断健全和完善、行政执法和司法制度的改革和推进等诸多方面都取得了令人瞩目的成就。然而另一方



面,“依法治国”在很大意义上仍然限于政策目标方面,而没能真正地化为社会现实。立法不断增多却难以真正奏效,权力滥用、腐败渎职现象时有发生,权利保障和救济机制仍不健全,和谐司法和法律信仰远未形成。在普通的老百姓中间,他们也常常为电视中的法治栏目的某一个案例或生活中某一个真实的案件议论不休,各执己见,在情、理、法间矛盾和困惑。那么究竟什么是法?什么是法律?法律的实质是什么?法律的内涵和外延是什么?法治意味着什么?为什么需要法治?需要什么样的法治?这些问题不断地被思考和追问着。法律是否如大多数教科书中所说的:法是国家制定或认可,反映统治阶级意志,并由国家强制力保证实施的社会规范的总和?古今中外,关于法的定义众说纷纭,哈特曾经感叹道:“关于人类社会的问题,极少像‘什么是法律?’这个问题一样,持续不断地被问着,同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的,甚至是似是而非的方式提出解答。即使我们将焦点限缩在最近一百五十年的法理论,而忽略掉古典的与中世纪的关于法律本质的思辨,我们将发现一个任何其他独立学术专业、系统性研究的科目所无法比拟的情况。”^①然而,“法学者们还在为法下定义。”^②但是,迄今为止,无论是中国还是外国,还没有一个为整个法学界公认的法概念。“通过研究众多的法律定义,你能够获得更为深刻的理解。每一定义都包含了它的提出者智慧的火花,每一定义都由于排除了无法解释的东西而导致其见地的局限性。例如,法律可被定义为规则的体系、对官方肆意胡为的遮掩、价值探究的论坛、解决冲突的社会机制、精英的权力把戏或者是对公意的反映、压制。这些偏颇的解释为研习法律提供了有益的线索。跨越多种解释的思考,有助于更加清晰地理解,因为对立的思想观点造成的紧张状态,为法律提供了生气与活力。这种紧张状态在法律的学习中产生相似的冲突,这些学习者都热衷于寻找解释法律的最佳方式。然而,这种紧张状态也使得法律学习成为一种独特的教育经历。”^③

中国历史上对法的定义非常多。《韩非子》中有云:“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。”^④又云:“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也。”^⑤强调国家权力和对百姓的统治。《管子》认为:“法者,尺寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也,谓之法。”^⑥“规矩者,方

① [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 1 页。

② [德] 伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年 7 月第 1 版,第 27 页。

③ [美] 博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社 2002 年版,第 3 页。

④ 《韩非子·难三》。

⑤ 《韩非子·定法》。

⑥ 《管子·法法》。



圆之正也；虽有巧目利手，不如拙规矩之正方圆也。故巧者能生规矩，不能废规矩而正方圆，虽圣人能生法，不能废法而治国。”^①主张法是判断与衡量是非曲直的规则。汉代思想家桓宽说：“法者，刑法也，所以禁强御暴也。”^②

西方关于法的定义则更加五花八门。有人把法律看成是自然的理性^③，人类的理性^④，神意的体现，或者免除一切情欲影响的神祇和理智的体现^⑤。

有的把法律看成是公益行为^⑥，有的把法律看成一种简单的规则^⑦，或者不只是一条规则，而是具有统一性的一套规则体系^⑧，有的认为法律是关于正义与非正义的艺术^⑨，有的则仅仅作为一种政治措施^⑩，有的把法律作为人们之间的自由意志能够相互协调的全部条件的综合^⑪，有的则认为是人类社会的一种控制手段^⑫，或者强调是一种命令，是国家对人民的命令，如霍布斯认为法是国家对人民的命令，用口头说明，或用书面文字，或用其他方法所表示的规则或意志，用以辨别是非，指示从违^⑬。而人类学和法人类学者更加强调整法的物质强制力量和文化巨大张力。如霍贝尔借用 S. P. 辛普森、鲁恩·菲尔德在《法律与社会科学》一文对法律的看法来概括法人类学对法和文化关系的基本看法：“从人类学的角度看，法律只是我们文化的一个因素，它运用组织化的社会集团的力量来调整个人及团体的行为，防止、纠正并惩罚任何偏离社会规范的行为。”^⑭同时还强调：“在任何社会里，不论是原始社会还是文明社会，法律存在的真正的基本的必备条件是，社会授权的当权者合法地使用物质强制。”^⑮美国文化人类学家拉德克利夫·布朗认为法律是“在一个区域组织内，有强制性权力操纵的，通过

① 《管子·法法》。

② 《盐铁论》卷十。

③ [古罗马] 西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 189 页。

④ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1963 年版，第 4 页。

⑤ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1997 年版，第 169 页。

⑥ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1980 年版，第 50—51 页。

⑦ [法] 泰·德萨米：《公有法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆 1982 年版，第 57 页。

⑧ [美] 凯尔森：《法律与国家》，载《西方法律史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 640 页。

⑨ [古罗马] 西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 219—220 页。

⑩ 《列宁全集》第 28 卷，人民出版社 1990 年版，第 140 页。

⑪ [德] 康德：《法的形而上学原理》，转见[美] 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社 1987 年版，第 72 页。

⑫ [英] 戴·M. 沃克主编：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社 1988 年版，第 519 页。

⑬ [英] 霍布斯：《利维坦》，转引自张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2003 年版，第 56 页。

⑭ [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 4 页。

⑮ [美] 霍贝尔：《原始人的法——法律的动态比较研究》，严存生等译，法律出版社 2006 年版，第 25 页。



使用或可能使用的物质力量,用以维持或建立社会的秩序”^①。昂格尔在其著作《现代社会中的法律》中强调,从最广泛的意义上讲,“法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式,同时,这些个人、群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待”^②。在纷繁复杂的社会生活中,国家制定法调整社会秩序和利益关系只是一个方面,大量存在的民间习惯、不成文的规则,与国家法一道,共同构筑着社会的秩序。社会存在的多元意识和利益,决定了法律多元现象的普遍存在。正如梁治平所言:“法律社会学家们发现,即使在当代最发达的国家,国家法也不是唯一的法律,在所谓的正式法律之外还存在着大量的非正式法律。”^③而后现代的学者们,则对之前对法律定义的尝试作了颠覆,认为法律(和其他任何概念一样)没有一个永恒的、固定不变的实质,而只是断裂、变异、错位、偶然的一种理性,从而推翻了之前为法律作定义的种种命题。他们认为,法律对每一个人来说都意味着不同的东西,人们看的似乎是一个东西,但看到的却又不是一个东西^④。正如奥登的诗所说:“法律是什么?法官先生居高临下,清晰而庄严地宣布:法律就是我从前告诉你的话,法律就是我的理解,一如你所知道的那样,法律不过是我重新作出的解释,法律就是法律。”^⑤

以法律人类学的研究为起点,最终发展成为多元的法律观。1975年日本学者千叶正士《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》问世后,法律多元以及相关的问题得到学术界越来越多深入而持久的研究和讨论。力图以多视角透视国家法的生存状态,国家法之外社会规则的可能、实践与价值,纸面表达与实在规则的差异与疏离,沟通与撞击。“随着研究的深入,被统一性‘遮蔽’的多元性渐次呈现出来。”^⑥

二、法律多元与多元化纠纷解决

法律多元主义最早可以追溯到19世纪60年代。其英文表述为 Legal Pluralism。瑞士法学者巴霍芬的《母权制》(1862年)、英国梅因的《古代法》(1861年)、美国人类学者摩尔根的《古代社会》(1877年)以及恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》(1884年)被列为法律人类学的第一批经典文献,他们用进

① 《非洲的政治制度》前言,牛津大学出版社,第14页,转引自〔美〕霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,法律出版社2006年版,第25页。

② 〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第43页。

③ 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第32页。

④ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第289页。

⑤ W. H. 奥登:《诗集》,1976年版,第208页,转引自〔英〕韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第1页。

⑥ 徐忠明:“试说中国古代法律制度研究范式之转变”,载《北大法律评论》第4卷第1辑,第233页。



化论的观点对原始社会中的法律和现代(西方)社会的法律进行比较^①。法律多元是指两种或多种的法律制度在同一社会中并存的状态。一元与多元是对应的。法律多元主义强调法律不只是出自国家,国家法只是法律规则体系中的一部分,而且不必然是最重要的部分,不能只有一个中心。他们把法律与确认和实施规则的权威机关或专门机关相联系,认为只要是由权威机关——国家、教会、学校或其他社会团体确认并保障实施的规则,都是法律。Griffiths指出:“当关注于其权威渊源或管辖范围时,就称做非国家法、非官方法、人民的法、地方性法、部落法等等;反过来,当关注其文化起源时,就叫做习惯法、传统法、固有法、民间法、初民法、本地法等等,……这样一种国家法与非国家法或习惯法的并存,构成了‘法律多元’这一概念的基础,一般而言,人们都假定前者优于后者。”^②

很多法学家和人类学者从不同的角度对法律多元进行了有益的探讨。千叶正士则把法律的三个层次概括成:官方法、非官方法和法律原理^③。蒂玛歇弗(N. S. Timasheff)把“国家法”和“社会法”分开^④。昂格尔认为法律有习惯法、官僚法和法律秩序三种^⑤。布律尔认为“只要对社会生活简单地观察一下就可以使我们相信,除了由政权强加的法律规则外,还存在着某些法律规定、或至少是具有法律效力的规定。过去存在,现在仍然存在着一些并非从总体社会的组织权限中产生的法律。”^⑥埃利希认为法律有两种,一种是国家制定的,即“国家法”,另一种是“社会秩序”本身,即“活法”^⑦。

1962年,英国人类学家斯普林克尔出版了一本名为“Legal Institution in Manchu China”的书。该书用大量的篇幅描述和讨论清朝普通的社会组织和日常生活场景,如村社、亲族、家户、市镇、会社、行帮、士绅、农民、商贾、僧道、婚姻、收养、继承、交易、节日、娱乐、纠纷及其解决。如此处理法制史,显然是假定,法律不只是写在国家制定和施行的律例里面,它们也存在于那些普通的社会组织和生活场景之中。它使中国法律史的研究者不再只关注“大传统”,即由士绅所代表的“精英文化”,而将“小传统”,即乡民所代表的日常生活的文化,也纳入研

① 高丙中、章邵增:“以法律多元为基础的民族志研究”,载《中国社会科学》2005年第5期,第131页。

② [日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第2页。

③ 同上书,第9页。

④ [英]科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第45页。

⑤ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第45页。

⑥ [法]布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社1987年版,第22页。

⑦ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第92页。



究的视野^①。而大传统和小传统的提法,也成为我国学者研究中国法律多元的另一种表达。在一定意义上说,法律就是特定时空下的特定规则,这些规则的制定,是通过小地方的习俗惯例与大的社会环境中的原则、政策和国家法律之间长期的互动来实现的。这样的互动表现在具体的纠纷解决中,就应当是运用多项原则来做出决策的过程。如此一来,其中就隐含有一个法律多元的过程^②。人类学家马林诺夫斯基认为原始法律强制力的性质是非常复杂和分散的……若以中央权威、法典、法庭和警察来界定法律强制力,我们必然会得出原始社会的法律不需要强制执行,它被人们自发地遵守着的结论^③。对于法律多元,波斯皮尔士提出了法律制度多重性和一个社会存在法律层次的观点;穆尔则论证了半自治社会领域法的特点;菲茨帕特里克进一步提出了一个不发达国家的结构主义和法律多元主义概念。而梅里认为法律多元主义至少具有五个方面的意义:注意了其他的秩序形式及其与国家法的相互作用;讲求对法的历史理解;促进人们审视法律和规范性秩序体系的文化和意识形态;促进了从专注于纠纷状态向非纠纷状态的秩序分析的转变;对规范性秩序之间关系的辩证分析,为理解、强加法律和抵抗法律的动力提供了一个框架。法律多元理论还认为:在社会中占统治地位的国家法律制度和其他类法律秩序之间的关系,它们的互动关系实际上是法律运行的关系,不能将国家的法律看作是与社会中的其他“类法律规范”完全对立的,也不能只注意国家法律的运行,因为多元规范程序是同一社会环境中的制度组成部分,它们总是混杂于同一社会的微观的运行过程中^④。

法律多元可以根据不同的标准作各种不同的分类。从地域方面来看,我们可以划分外部的法律多元主义与内部的法律多元主义。外部的法律多元主义,主要指主权国家之外的法律多元,包括欧洲联盟、国际组织等;内部的法律多元主义主要指国家内部法律的多元性。从国家法律与其他法律规范的关系上,首先可以划分为国家法律多元主义与深层的法律多元主义,前者坚持国家法律中心主义的前提下的法律多元理论,后者认为国家法、习惯法、宗教法等法律规范并不存在必然的联系。换言之,习惯法、宗教法并不必然服从于国家法。其次还可以划分为弱势的法律多元主义与强势的法律多元主义。弱势的法律多元主义表明在一个地方会有两个或两个以上的“法律”存在,但是其他法律规范一般应

① 梁治平:“中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局”,载《中国文化》1997年第15—16期合刊。

② 赵旭东:《权力与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》,天津古籍出版社2003年版,第7页。

③ [英] 马林诺夫斯基:《原始社会的犯罪与习俗》,原江译,云南人民出版社2002年版,第6页。

④ 徐晓光:“中国多元法文化的历史与现实”,载《贵州民族学院学报》2002年第1期,第67—68页。



该统一于国家法,在坚持国家法律中心主义的前提下承认其他法律体或法律规范的存在。也就是说,其他法律规范应受到国家法律的限制,其他法律规范与国家法律之间有服从与被服从的关系。而强势的法律多元主义认为,诸多的法律规范之间不存在服从与被服从的关系,国家法与其他社会规范在统一的社会中都有自己相关的功能。在 J. Griffiths 教授看来,这才是真正意义上的法律多元。这两种法律多元主义之间有着密切的联系。弱势的法律多元主义事实上是国家法律中心主义,它强调国家法的中心地位,其他的法律规范必须通过国家法律才能起作用;而强势的法律多元主义强调各种规范的独立性,这种多元主义也就是上述所谓的深层的法律多元主义。从时间段上,还可以分为古典的法律多元主义与新法律多元主义。古典的法律多元主义是从殖民地时期殖民统治国家的法律与殖民地法律、习惯之间的关系来研究法律多元,这是大多数学者所认为的最初意义上的法律多元;新法律多元主义是指法律多元的研究从殖民地转向国家内部,尤其是西方国家内部的多元化方面的研究^①。

法律多元论的一个重要的共同点就是对法律的论述抛开了把法与阶级性、统治者意志、国家强制力相联系的观点,直接和间接承认了法律的多样性和多元性。在此基础上,法律移植的国际化与本土化,国家法与民间法冲突与互动,市民社会与政治国家等相关联的问题研究也正方兴未艾。很多学者对马克思主义关于法的定义——即表述为:法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整对象,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志,以确认、保护和发展统治阶级或人民所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系——进行重新定义和表述,或加以新的理解。如马长山在《法治的社会根基》一书中,以市民社会理论为基础,在法的定义的表述中,“淹没”了法的“阶级性”字眼,认为“法是以国家意志形式表现出来的,调整普遍利益和特殊利益关系的强制性社会规范的总和”^②。范愉则更进一步认为,在中国这样一个多民族国家,法律统一一方面会有相当的好处,但也存在着很大的弊端。这也是为什么在追求法律的统一性、确定性、公开性之余,必须要留出一种对多元性和特殊性甚至一定的灵活性的关注或肯定它们的价值。如果片面地强调法律的统一,不仅未必能够带来整个社会现代化的发展,可能在某种程度上带来老百姓对法律的规避而使法律无法实施,或者使效率大打折扣。法律的统一应该与多元并存^③。刘作翔则认为在转型和过渡时期

① 肖光辉:“法律多元与法律多元主义问题探析”,载《学术论坛》2007年第4期,第19页。

② 马长山:《法治的社会根基》,中国社会科学出版社2003年版,第87页。

③ 梁治平主编:《国家、市场、社会:当代中国的法学与发展》,中国政法大学出版社2006年版,第286页。